

POR GONZALO

RVYZ DE YLLORA,

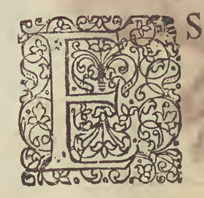
vezino de la villa de Yznajar, como marido de doña Madalena de Martos y Quintana.

EN EL PLEYTO

CON

Iuan Carrillo Trascierra vezino del Lugar de Algarinejo.

En Granada, por Martin Fernandez Zambrano, Año de 1634.



STE Pleytō eſtà viſto ſobre confirmar, o reuocar la ſentencia de viſta, que confirmó la ſentencia de remate pronunciada por la juſticia ordinaria dela villa de Yznajar contra el dicho Iuan Carrillo de Cierra, el qual y ſus abogados pretenden ſe deue reuocar pot tres razones.

2 La primera, porque las cuentas de dōde reſultó el alcance que ſe executa contra el dicho Iuan Carrillo, como fiador de doña Maria Aluarez ſu ſuegra, no ſon exequibles, por no auerſe dado traslado ala dicha doña Maria a quien ſe tomaron, ni dadole termino para que pudieſſe defenderſe, y pudieſſe caer la aprouacion del juez, y produzirſe la via executiua, iuxta text. in l. fin. tit. 21. lib. 4. compilat. y a lo que comunmente reſueluen por ella Iuã Gutierrez, Eſcobar, y los del Reyno, y q̃ no ſiendo exequibles las dichas cuentas contra la dicha doña Maria, principal deudora, no lo pueden ſer contra ſu fiador.

3 La ſegunda, por dezir, que la fiança q̃ el dicho Iuan Carrillo hizo a la dicha doña Maria Aluarez ſu ſuegra, ceſſó por el año de 26. reſpeto de auerſe deſiſtido la dicha doña Maria Aluarez de la tutela de la dicha doña Madalena de Martos ſu hija, y nombradoſe por tutor en ſu lugar a Bartolome Ruyz de Martos a quien ſe le decirnio la tutela, y que no auiendo ſido, ni podido

ſer

ser el alcance porque se executà deltiempo atras, no se puede executar contra el.

4 La tercera, y en que hazen el mayor apoyo ensu defensa, por no auer sido citado para las dichas cuentas el dicho Bartolome de Martos como lo deuia ser, vt ei plenum præiuditium parari posset, ad text. in l. grege, §. si a debitore, ff. de pignoribus, l. à sententia, in princip. de appellatio. l. præsenti, §. ad ijcientes, C. de his qui ad statuas confug. vbi Doctores, & ex decisione Valentina, Hieronym. de Leon 40. Escobar de ratiocin. cap. 34. ea ratione quia fide iussor. tutellæ, seu administrationis est fide iussio contractus, quæ aduersus fideiussorem executioni mandari non potest.

5 Y Gonçalo Ruyz de Yllora y sus Abogados pretendemos se deue confirmar por dos fundamētos a que reduzimos todas las razones de nuestra defensa, y la satisfacion de los fundamentos de la contraria. El vno es, que en las cuentas que se le tomaron ala dicha doña Maria Aluarez, se procedio juridicamente, y el alcance se sacó, como se deuio sacar, y por el se pudo executar, como se executó a la dicha doña Maria, sin q̄ pudiesse hazer resistēcia a la execuciō. El otro, que siendo las dichas cuentas liquidas y exequibles contra la dicha doña Maria Aluarez tutora, lo son tambien contra el dicho Iuan Carrillo Trascierra, no obstante que no fue citado para ellas, y el dicho alcance se hiziesse y sacasse sin su citacion.

I. FVN-

I. FVNDAMENTO.

6 Cierto es que el padre demenores dela dicha villa de Yznajar, auiendose casado la dicha doña Madalena con el dicho Gonçalo Ruyz, pidio cuentas a la dicha doña Maria Aluarez de la dicha tutela, y que la dicha doña Maria se allanó a dar las, y nõbró contador, el qual juntamente con el cõtador que se nombró por el dicho padre de menores, y la dicha doña Madalena, con los papeles y recaudos que las partes les entregaron, fueron haziendo las dichas cuentas de todo el tiempo de la tutela, y de cada año de por si, con su cargo y data, y de toda conformidad sacaron el alcance sobre que se litiga, el qual en presencia de los cõtadores, y de la dicha doña Maria Aluarez y del dicho padre de menores, que todos juraron auer dado las dichas cuentas, y hecholas a su leal saber y entender, aprobó el juez ordinario, y condenó a las partes aque estuuiessen, y passassen por el, y por las dichas cuẽtas, y a la dicha doña Maria aque lo pagasse, y se diesse mandamiento de execucion por el, como parece del instrumento de las mismas cuentas, y en particular en las palabres que se siguen.

7 *Y acabaron estas dichas cuentas enesta dicha villa de Yznajar en veynte y ocho dias de el mes de Diziembre de 1632. años, y los dichos contadores, parte, y padre de menores juraron en forma de derecho auerlas hecho bien y fielmente a su leal*

ſaber y entender, ſin fraude, ni agrauio de nadie y que como tales las aprouauan y aprouaron y dieron por buenas, y bien fechas para eſtar y paſſar por ellas. Y de ſu pedimiento aſsimiſmo aprobó y dio por buenas eſtas dichas cuentas el dicho ſeñor don Franciſco Bayon Corregidor deſta villa ante quien ſe han fecho. Y condenó a las dichas partes a que eſten y paßen por ellas, y a la dicha tutora a que dentro de nueue dias pague eneſta conformidad el dicho alcance a la dicha menor, ſegun y como eſtâ mandado, ſo pena de execucion y coſtas, y aſsi lo pronuncio y mandó y firmó. Y las dichas partes lo conſintieron.

8 No es dudable conforme a las palabras que quedan referidas, que ſe les dio traslado de las dichas cuentas a ambas partes, y en particular a la dicha doña Maria Aluarez, ni que las aprouaſſen, ni conſintieſſen ſu alcance por no tener que alegar ni dezir contra el, ni que de ſu pedimiento las aprobaſſe el dicho Iuez, porq̃ dize el eſcriuano que los contadores parte y padre de menores, juraron las dichas qͣuentas, y pidieron al juez las aprouaſſe, y que deſpues de eſtar aprouadas las conſintieron en aquellas palabras. *Y los dichos contadores parte y padre de menores.* Y en las demas que quedan referidas, pues no vuo mas parte que la dicha doña Maria que dio las dichas cuentas, y eſtos juraron y pidieron aprouacion, y conſintieron el dicho alcance, como lo refiere el eſcriuano ante quien las dichas cuẽtas ſe celebraron, cuius teſtimonio ſtandum eſt,

como

como a prouança prouada clara y euidente dum contrarium liquidiſsime non conſtiterit, l. ſi quis decurio, ad leg. Cornel. de falſis, cap. quoniam contra de probatio. cap. ad audientiam, de præſumptionib. Baldo, in l. Imperator, colum. 2. ff. de ſtatu hominum, y el ſeñor Couarru. plures allegans, lib. 2. variarum, cap. 13. num. 3. verſ. ultima concluſio, ad hoc videndus.

9 Y auiendoſe hecho las dichas cuentas en la forma que queda referido, y ſacadoſe el alcance por contadores conformes, y aprobadoſe por el Iuez, auiendo precedido primero aprobacion de las partes, el dicho alcance fue exequible, l. 24. titul. 21. lib. 4 compilat. ibi: *Mandamos que en lo que ſe conformaren los contadores nombrados por las partes, ſiendo confirmado por ſentencia del juez que de la cauſa conociere, la tal ſentencia ſe execute ſin embargo de apelacion.* Et cum Bartul. Tiraquell. & alijs Azebed. in explicatione eiuſdem legis, Parlador. lib. 2. rerum quotid. cap. fin. 1. part. § 6. num. 1. late Scobar de ratiocin. cap. 33. Gutierr. lib. 1. practicar. quæſtion. 37. num. 11. Curia Philippica, 2. part. § 4. num. 2. & ſeqq.

10 Y concluymos eſte primero fundamẽto, con que auiendo ſido executada la dicha doña Maria Aluarez, y citada de remate, y ſin embargo de ſu opoſicion en que en ninguna manera alegó no auerſele dado traslado de las dichas cuentas, ni auer dexado de aſsiſtir a ellas, ni el no auerlas aprobado,

uado, se pronunció sentencia de remate, de que reconociendo la verdad, y ser deudora del elcance la dicha doña Maria, no ha apelado, ni hecho diligencia, y assi està passada en cosa juzgada. Y si el dicho Iuan Carrillo Trascierra siẽte que en las dichas cuẽtas ha auido agrauio, o que la execucion seguida contra la dicha doña Maria padece algun defeto porque se deue reuocar, puede dezir agrauios contra ellas, y apelar de la dicha sentencia de remate, que es el remedio que lequeda a quien la sentencia prejudica, in consequentiam l. ex contractu, ff. de re iudicata, l. si seruus plurium, §. si quis ante, ff. de legat. 1. l. á sententia, ff. de appelation. laté Peregrin de fideicommiss. articul. fin. à nume. 41. laté Dom. Molin. de primogen. lib. 4. cap. 8. num. 10. ad hoc videndus.

II. FVNDAMENTO.

11 No puede pretender el dicho Iuã Carrillo que su obligacion y fiança cessò con auer exoneradose de la tutela la dicha doña Maria, y nombradose en su lugar a Bartolome Ruyz de Martos, por muchas razones. La primera, porquẽ el descernimiento de la dicha tutela fue, con que el dicho Bartolome Ruyz diesse fianças, legas, llanas y abonadas, y estas ni las dio ni tuuo efeto el decernimiento y nombramiẽto que se hizo en el de la dicha tutela, y se quedò

en

en la adminiſtracion la dicha doña Maria, y la continuo haſta el miſmo dia que ſele tomaron las cuentas. Y por eſta razon ſe fue con llaneza en ellas, haziendoſe cargo la dicha doña Maria de los frutos de la hazienda de la dicha tutela de cada año de por ſi, ſin hazer contradicion; ni auerſe prouado lo contrario. La ſegunda, porque la dicha doña Maria Aluarez no tuuo cauſa de eſcuſarſe de la tutela de la dicha doña Madalena, y el auerſe eſcuſado fue, por ſolo voluntad y antojo ſuyo, pues ſe quiſo quedar con la del otro ſu hijo, y aſsi ſiempre ſe q̃dó con la miſma obligació primera de tutora, y procediera aunque huuiera dexado de adminiſtrar los bienes y dicha tutela, l. ita tamen, §. ſi tutor, & ibi Bartol. l. a tutoribus, §. 1. l. tutores, ff. de adminiſtratione, & pericul. tutorum, l. 12. tit. 16. part. 6. late Ioan. Gutierr. de tutellis, 1. part. cap. 16. à n. 140. Y conſiguientemente duró la obligacion de ſus fiadores, ad text. in l. Lutius, §. Paulus, ff. de adminiſtr. tutor. & ibi Bartol. & animaduertit Baeça, de decima tutoris parte, cap. 2. num. 130. & Ioann. Gutierr. vbi proxime num. 44.

12 Y con eſte preſupueſto, ſolo reſta q̃ ſatisfacer al fundamento que hazen la parte contraria y ſus Abogados en el defeto de la citacion de el dicho Iuan Carrillo Traſcierra, que real y verdaderamente no fue citado para el juyzio de las dichas cuentas. Y eſte fundamento ſe excluye con mucha

facilidad : aduirtiendo que vno es el fiador del contracto, otro es el fiador del juyzio, y de pagar lo que fuere liquidado, juzgado, y determinado contra el principal deudor. El que es fiador meramente de contracto, non potest conueniri por la sentencia que se diere contra el deudor principal, ad obseruantiam contractus, por las leyes y Doctores que se alegan por el fundamento contrario. Y la razon nace del principio vulgar: nempe, quod res inter alios acta, alijs nocere non debet, l. de vno quoque, de re iudicata, cum similibus; y para esto es abũdantissima la decis. 40. de Geronymo de Leon. Pero quando el fiador es de pagar lo que fuere juzgado, es cierto, quod iudicatũ aduersus principalem, potest exequutioni mandari aduersus eius fideiussorem, vt ex distinctione magistrali, Bartoli, in l. 1. ff. iudicatum solui, resoluunt Roderic. Suar. in l. post rem iudicatam, versic. Visum est, supra á num. 1. cum sequentibus, Scobar, de ratiocinijs, cap. 34. num. 3. & cum Gratian. Mastrill. & alijs Hieron de Leon, d. decis. 40. num. 3.

13 Pero aunque conforme al primero miembro de esta distincion, fideiussor contractus non possit exequi, sine nouo processu hoc fallit, nisi iste fideiussor se obligauerit: con la qual clausula guarentigia ordinaria, dando potestad a las justicias, para que a el tambien le puedan executar como al principal: y obligandose juntamente cõ

el

el in solidum, y de mãcomun, ita post Bart. in loco vbi proxime relato, docet Bald. in l. non est ambigui 3. C. de fideiussoribus tutorum, idem Bald. in l. sancimus, §. & cum antiquitas, num. 2. C. de vsuris rei iudicatæ, Roderic. Suar. in d. l. potest rem iudicatam, in declaratione legis Regni, versic. Visum est, supra num. 2. ibi: *Sis ergo cautus tu creditor quod vbicumque accipis aliquem in fideiussorem alicuius contractus, seu debiti ex quacumque causa facies, quod in contractu ipse fideiussor expresse & specifice celebret contractum executoriũ, sicut debitor principalis, puta dedit & concessit potestatem omnibus iudicibus exequendi contra eum dictum contractum, tanquam si contra eum esset lata sententia, prout moris est.* Baeça de inope debitore, cap. 5. num. 9. ibi: *Præterea, si fideiussit in contradupro aliquo, & in contractu se obligauit exequutiue, sicut debitor principalis addita clausula guarentigia certe executio potest fieri aduersus eum, virtute instrumenta, &c.* Et magis in terminis Scobar de ratiocinijs, d. cap. 34. num. 4. ibi: *Priorem tamen partem huius distinctionis veram, & indubitabilem reputo nisi in cõtractu inquo intercessisset fideiussor, clausula guarentigia sit apposita, puta dedit potestatem omnibus iudicibus exequendi contra eum reliqua ex tali contractu resultantia, vt tenet Baldo. in l. 2. C. de fideiussor. tutorum, Suarez vbi sup. Baeça de inope debitore, cap. 5. num. 9. & in terminis dicit Bald. in l. sancimus, § & cum antiquitas, num. 2. C. de vsuris rei iudicat.* *Quod quando fideiussor obligatur dicens, quod soluet quid*

quid

quid contra principalem fuerit liquidatum, etiam vbi is ad ratiocinandum citatus non fuerit, poterit pro reliquis cum principali liquidatis exequutari, eo quod h. casu iam promittit soluere iudicatum contra principalem, non contra ipsum fideiußorem tantum.

14 Y aunque reconociendo los Abogados de Iuan Carrillo Trascierra la fuerça desta dotrina de Escobar, y lo decisiua que es del punto, se quiso dar a entender en Estrados, que para que el fiador del tutor posset exequi sine nouo processu, era necessario que expressara el beneficio de la citaciõ tomando ocasion de aquellas palabras, ibi: *Etiam vbi is ad ratiocinandũ citatus non fuerit.* Esta inteligencia es violenta, y contra el intento del autor, y a lo literal de la proposicion que en el dicho num. 4. asienta; porque auiendo cõcluydo y resuelto, que auiẽdo obligado el fiador a pagar el alcãce que se le hiziere al tutor, con clausula guarentigia, dize que se podra executar el alcence contra el, *Etiam si ad ratiocinandum citatus non fuerit.* De suerte, que las dichas palabras *etiam vbi is ad ratiocinandum citatus non fuerit*, no son palabras de que ha de vsar el fiador en su obligacion, sino del mismo autor que dize, que obligandose el fiador con la clausula guarentigia, potest exequi sine nouo processu, etiam si ad ratiocinandum citatus non fuerit, vt patet ibi: *Quod quando fideiussor obligatur dicens, quod soluet quidquid contra principalem fuerit liquidatum.* Hasta a

qui

qui la obligacion del fiador; & ibi: *Etiam vbi is ad ratiocinandum citatus non fuerit poterit pro reliquis cum principali liquidatis exequutari.* Y todas estas palabras del autor, quibus resoluit in tali casu fideiussorem posse sine citatione exequutari proreliquis cũ principali liquidatis.

15 Segun lo qual, tiene esta parte fundada su pretension por ambos miembros dela dicha distincion; porque el dicho Iuan Carrillo Trascierra, no solo fue fiador de contrato, sino de juyzio, porque se obligó a pagar qualesquier alcances que se le hiziessen en qualquier manera a la dicha doña Maria Aluarez, como parece de la escritura, ibi; *Y que luego cada y quando, y todas las vezes que por la justicia se le mandare, dará por la dicha tutora las dichas cuentas, como por ella esta dicho, de los bienes y hazienda destos menores y pagará luego de contado los alcances que dellas le fueren fechos a la dicha tutora.*

16 Y assimismo se obligò in solidum, y de mancomun, y renunciando el beneficio de la diuision y excursion, con la dicha tutora, con clausula guarentigia, a pagar qualesquier alcances que se hiziessen a la tutora; como tambien consta de la dicha escrira tura de fiança, desde el versic. *Y ambos los dichos tutora principal, y su fiador.* Conque de qualquiera manera que se considere, Iuan Carrillo, siue tanquam fideiussor contractus, siue fideiussor iuditij, ha podido ser executado por el dicho alcance, no obstan-

te q̃e no fueſſe citado para las dichas cuentas, ſecundum iura, & Doctores ſupra relatos.

17 Quibus adduntur non nulla. Primum que aunque de las dichas cuentas ſe pudieſſe cauſar perjuyzio, como ſe le cauſó al dicho Iuan Carrillo por el rieſgo de auer de venir a pagar el alcance, eſto venia a ſer in conſequentiam y ſecundario, por no nacer ſu obligacion del contrato de la tutela, ni del acto de las dichas cuẽtas, ſino de ſu proprio contrato de fiança, que conforme a la ley del Reyno es exequible, y aſsi no fue neceſſaria ſu citacion, is enim cuia ſecundario interſt c,tari ad cauſam non debet, ſed is cuius principaliter interſt, l. 1. §. nuntiari, ff. de ventre inſpiciendo, l. de vno quoque, de re iudicat. & cum alijs, Scobar de ratiocin. dict. cap. 34. num. 2. Aluar. Valaſc. de partitionibus, cap. 7. num. 36.

18 Secundum, porque ſi fuera neceſſaria la citacion del fiador, y hazerſe con el las cuentas para que ſe pudieſſe executar contra el el alcance que reſultaſſe contra el tutor, ya no vendria a obrar nada el inſtrumẽto de la fiança en quanto a la via executiua ni la clauſula guarentigia en el pueſta, ni ſe podia dar caſo en que la dotrina delos Dotores que quedan referidos por la limitaciõ de la regla, de que el fiador ad contractum non poteſt ſine nouo proceſſu exequutari, no podia verificarſe en ningun caſo. Porque aunque ſe puſo por exemplo para que

la di-

la dicha resolucion se verificasse quando el principal se obliga por cantidad cierta y liquida, este no es caso en que puede caer la duda ni disputa de la dicha resolucion, pues quando el fiador y el principal se obligan simul a cantidad cierta, con clausula guarentigia, o sin ella, vnusquisque & ambo simul recta via possunt exequutari. Y porque lo mismo es que vno se obligue a cantidad liquida que a cantidad liquidable por algun genero de prouança: y como en este caso el juyzio de esta liquidacion se deue hazer con el tutor cuius principaliter interst, por ser el el principal deudor, no viene a ser precissamente necessaria la citacion del fiador ex iuribus, & Doctoribus vbi proxime relatis.

19 Con que queda llana la justicia desta parte, y deuerse confirmar la sentencia de vista, quod ita pronuntiandum speramus. Salua, &c.

L. Alonso de Morales Ballesteros.